

CEZA HUKUKÇUSU GÖZÜYLE
REKABET HUKUKU
MEVZUATINDA YAPILMASI
ÖNGÖRÜLEN DEĞİŞİKLİKLER

Doç. Dr. Tuğrul KATOĞLU*

* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı
öğretim üyesi, Ankara Barosu üyesi. katoglu@bilkent.edu.tr.

GİRİŞ

Bu çalışmada 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nda ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun İhlali Halinde Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Taslağı'nda öngörülen, ceza sorumluluğu ile idari yaptırımlara ilişkin çeşitli düzenlemeler, ilgili temel hukuksal ilkeler açısından ele alınmıştır.

Ayrıca, 4054 sayılı Kanun'da değişiklik öngören Tasarı metninde, Avukatın tanıklık yapmaktan çekinme hakkını ihlal eden, idareye, ölçsüz arama ve inceleme yetkisi veren düzenlemeler de incelenmiştir.

Özellikle Yönetmelik Taslağı'nda öngörülen kimi düzenlemelerin, idari yaptırımlar bakımından da kabul edilen suç ve cezalarda kanunilik ilkesini ihlal ettiği görülmektedir.

Esasen 15 Şubat 2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin mevcut Yönetmelik ve yine aynı tarihte yürürlüğe giren Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik'te, suç ve cezalarda kanunilik ilkesine, dolayısıyla anayasaya aykırı olarak idari para cezalarına ilişkin hükümler öngörülmüştür.

Son taslak çalışmasıyla İdare, cezalandırıcı hukuk alanını düzenleyici işlemlerle belirlemek konusundaki ısrarını sürdürmektedir.

I. SUÇ VE CEZALARDA KANUNİLİK İLKESİ AÇISINDAN İDARİ YAPTIRIMLAR

1. Genel Olarak

İdari yaptırımların öngörülmesi, belirlenmesi ve uygulanmasında dikkate alınması gereken temel ilkeler bulunmaktadır. Kıta Avrupası'nda, idari yaptırımlar bakımından da esasen ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerine uyulması gerektiği kabul edilmektedir. Bu anlamda, ceza ve idare hukuku yaptırımlarını kapsayan genel bir cezalandırıcı hukuk anlayışının oluştuğu tespit edilebilir. İdari yaptırımların kanuniliği, geçmişe uygulanmazlık, orantılılık, kusurlu sorumluluk, *ne bis in idem* kuralı bu ilkelerin başlıcalarıdır.

Öte yandan, idari yaptırım uygulanması sonucunu doğuracak soruşturmanın da adil yargılanma hakkının kurucu unsurlarına uygun biçimde yürütülmesi gerektiği açıktır. Aralarında Kıta Avrupası'nın da bulunduğu çeşitli ülkelerin

yüksek mahkemeleri (Danıştay da dahil olmak üzere) ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de görüşü bu yöndedir^[1].

2. Kanunilik İlkesi ve İdari Yaptırımlar

Suç ve cezalarda kanunilik ilkesi, çağdaş hukuk düzenlerinde güvence altına alınmıştır. Bugün *common law* düzenlerinde de durum bu yöndedir. Bu hukuk düzenlerinde, ceza sorumluluğunun mahkeme içtihadı ile belirlenmesi esasen tarihe mal olmuştur. Amerika Birleşik Devletleri'nin birçok eyaletinde ceza kanunları kabul edilmiş, Birleşik Krallık'ta suç ve cezanın esasen kanun ile öngörülmesi tercih edilen yöntem haline gelmiştir^[2].

Suç ve cezalarda kanunilik ilkesi, suçun unsurlarının öngörülmesi, suç tanımının sınırlarının çizilmesi, ceza müeyyidesinin tür ve miktarının belirlenmesinin ancak biçimsel anlamda kanun ile yapılabileceğini kabul eder. Bu arada, sadece ceza müeyyidesinin tür ve miktarının öngörülmesi değil, bunun hesaplanması, dönüştürülmesi, ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler ile bu nedenlerin uygulanması usulleri de kanun ile öngörülmelidir. Kanunilik ilkesinin en doğal ve tartışılmaz sonucu budur^[3].

TCK'nun "Cezanın belirlenmesi" kenar başlıklı 61. maddesinin son fıkrasında, "*Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir*" hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenleme de, kanunilik ilkesinin cezanın belirlenmesi bakımından etkilerini açık bir biçimde göstermektedir.

Kanunilik ilkesi, idari yaptırımlar bakımından bağlayıcıdır. Gerek idari yaptırımların öngörülmesi, gerekse bunların belirlenmesi, hesaplanması, bunlara ilişkin ağırlaştırıcı, hafifletici nedenler biçimsel anlamda kanun ile öngörülmelidir.

Anayasa'nın 38. maddesinin üçüncü fıkrası ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi, 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kanun Hükmünde Kararname'nin anayasaya aykırılığı iddiasıyla yapılan başvuruya ilişkin değerlendirmesinde

[1] İdari yaptırımlar bakımından uyulması gereken ilkeler ve adil yargılanma hakkı için bkz. Gözübüyük, Şeref- Turgut Tan; İdare Hukuku, C. 1 Genel Esaslar, 3. B., Ankara, Turhan Kitabevi, 2003, s. 713. Pierre Delvolvé, "Le pouvoir de sanction et le controle du juge", Les Petites Affiches (LPA), 2001, No. 185. s. 18; Jean-Paul Costa, "Le point de vue de la Cour Européenne des Droits de L'Hommes", LPA, 2001, s. 31; Feyyaz Gölcüklü, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılanma", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1994, C. 49, No. 1-2, s. 203.

[2] Bkz. Tuğrul Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Ankara, Seçkin, 2008, s. 72 vd..

[3] Kabahat fiilleri bakımından aynı görüşte, Zeynel Kangal, Kabahatler Hukuku, XII Levha, İstanbul, 2011, s. 60, 61. Erdener Yurtcan, Kabahatler Kanunu ve Yorumu, Beta, İstanbul, 2005, s. 5.

“Anayasa’nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmamış, ayrıca ceza yerine geçen güvenlik önlemleri de madde kapsamına alınmıştır. Buna göre, disiplin cezaları Anayasa’nın 38. maddesi kapsamındadır” sonucuna varmıştır^[4]. Yani idari para cezaları da Anayasa’nın 38. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen kanunilik ilkesinin kapsamındadır.

Öte yandan, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun “Kanunilik ilkesi” kenar başlıklı 4. maddesinin ikinci fıkrasında, “Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenir” hükmüne yer verilmiştir. Kabahatler Kanunu’nun 3. maddesinde, idari yaptırım kararlarına karşı başvurulacak kanun yoluna ilişkin özel kanun hükümleri saklı kalmak koşuluyla, bu kanunun genel hükümlerinin idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı öngörülmüştür. Kabahatler Kanunu’nun 4. maddesi de bu kanunun genel hükümleri arasında olup, idarenin düzenleyici işlemleri ile idari yaptırım öngörülmesi, bu tür yaptırımların belirlenmesine ilişkin hükümler sevk edilmesi, idareye, kanunlarda yer almayan takdiri indirim yetkisi verilmesi hem Anayasa’ya hem de 4. maddeye aykırılık oluşturacaktır.

Kabahat karşılığı idari para cezalarının belirlenmesi usulü, Kabahatler Kanunu’nun 17. maddesinde öngörülmüştür. Herhangi bir düzenleyici işlem ile bu usul ve esaslardan farklı yöntemlerin benimsenmesi hem bu kanuna hem de Anayasa’ya aykırıdır.

Halbuki Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin **mevcut** Yönetmelik’te para cezasının belirlenmesine ilişkin ilkeler, temel para cezasının hesaplanmasına, artırılmasına ilişkin esaslar, ağırlaştırıcı ve hafifletirici nedenler öngörülmüş, yine Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik’te de para cezasının verilmeyeceği, cezalarda indirim yapılabileceği hallerde yer verilmiştir.

Giriş kısmında da belirtildiği üzere, gündeme gelen Taslak, cezalandırıcı hukuk alanını düzenleyici işlemlerle belirlemek konusundaki ısrarın yeni bir örneğidir.

[4] Anayasa Mahkemesi’nin Esas1990/12, Karar 1991/7 sayılı ve 4.4.1991 günlü kararı (Anayasa Mahkemesi web sitesi).

II. CEZA HUKUKU BAKIMINDAN 4054 SAYILI REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN TASARISI VE REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNUN İHLALİ HALİNDE VERİLECEK İDARİ PARA CEZALARINA İLİŞKİN YÖNETMELİK TASLAĞI

Gerek Tasarı'da gerek Yönetmelik Taslağı'nda sorunlu düzenlemeler bulunmaktadır. Aşağıda, Kanun Tasarısı'nda öngörülen düzenlemelere değinildikten sonra, Yönetmelik Taslağı'nda yer alan düzenlemeler değerlendirilmiştir.

1. Kanun Tasarısı'nın Sorunlu Maddeleri

a. Tasarı Madde 7

Tasarı'nın 7. maddesi ile 4046 sayılı Kanun'un mevcut 14. maddesinin kenar başlığı da dahil olmak üzere değiştirilmesi öngörülmektedir. "Bilgi ve Belge İsteme" başlığı altında kaleme alınan madde önerisinin son cümlesinde yer verilen "*Devlet sırrı niteliği taşıyan bilgi ve belgeler hariç olmak üzere, özel kanunlarda yazılı gizlilik ve sır saklama hükümleri ileri sürülerek bilgi ve belge vermekten imtina edilemez*" hükmü, avukatların sır saklama hak ve yükümlülüğünü güvence altına alan mevcut kanun hükümleriyle çelişmektedir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Sır saklama" kenar başlıklı 36. maddesinin ilk fıkrasında, avukatların, görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları "*açığa vurmaları*" yasaklanmış, ikinci fıkrada iş sahibinin muvafakati olsa bile bu hususlarda tanıklık yapmaları kendi iradelerine bırakılmış, çekinme hakkının kullanılmasının hukuki ya da cezai sorumluluk doğurmayacağı da açıkça hükme bağlanmıştır.

Son fıkrada, bu hükümlerin Türkiye Barolar Birliği'nin ve baroların memurları hakkında da uygulanacağı kabul edilmiştir.

CMK'nun "Meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme" kenar başlıklı 46. maddesinin (a) bendinde avukatlar, avukat stajyerleri ya da avukatların yardımcılarının bu sıfatları dolayısıyla ya da yüklendikleri yargı görevi nedeniyle öğrendikleri bilgilere ilişkin olarak tanıklıktan çekinmeleri öngörüldükten sonra, ikinci fıkrada, bu bentte sayılan kişilerin, ilgilinin rızası bulunsa bile tanıklıktan çekinebilecekleri kabul edilmiştir.

Tasarı'nın 7. maddesinde yer alan düzenleme, bu maddelerle ve avukatlık mesleğinin temel esaslarıyla çelişmektedir. Madde metninde, hiçbir özel kanunda öngörülen sır saklama hak ve yükümlülüğüne dayanılamayacağı belirtilmekle, önceki özel kanun niteliği taşıyan Avukatlık Kanunu ile genel bir kanunun bu konuyla ilgili özel bir hükmünü oluşturan CMK'nun 46. maddesinin, rekabet

mevzuatı ihlalleri bakımından uygulanamamasının yolu açılmaktadır. Bu nedenle önerinin mutlaka düzeltilmesi gerekmektedir.

b. Tasarı Madde 8

Tasarı'nın 8. maddesi ile 4054 sayılı Kanun'un mevcut 15. maddesinde öngörülen sorunlu değişiklikler, esasen 15. maddenin ilk fıkrasının ikinci cümlesi ile (a) bendinde yer almaktadır.

4054 sayılı Kanun'un 15. maddesinin mevcut ilk fıkrasının ilk iki cümlesi ile bu fıkranın (a) bendinde, "*Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunabilir. Bu amaçla teşebbüslerin ve teşebbüs birliklerinin:*

a) Defterlerini, her türlü evrak ve belgelerini inceleyebilir ve gerekirse suretlerini alabilir" denmektedir.

Tasarı'nın kabulü halinde 4054 sayılı Kanun'un 15. maddesinin ilk iki cümlesi ile (a) bendi şöyle olacaktır:

"Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunabilir. Bu amaçla teşebbüslerin ve teşebbüs birliklerinin ve bunların yöneticilerinin ve çalışanlarının:

a) Defterlerini veya her türlü ortamda tutulan veri ve belgelerini inceleyebilir, bunların her türlü kopya ve çıktılarını alabilir".

Söz konusu değişiklik önerisiyle, sadece teşebbüslerin ve teşebbüs birliklerinin değil, bunların yönetici ve tüm çalışanlarının her türlü ortamda tutulan veri ve belgeleri bakımından arama ve kopyalama yetkisi verilmeye çalışılmaktadır.

Öncelikle arama ve inceleme konusu bilgi ve verilerin teşebbüslere ve teşebbüs birliklerine ait olanlarla sınırlanmaktan çıkarıldığı, bunların yöneticileri de dahil olmak üzere **tüm** çalışanlarına ait bilgi ve verilerin arama ve inceleme konusu yapılmaya çalışıldığı görülmektedir.

Öte yandan, arama ve inceleme ile kopyalamaya konu oluşturan veriler, **her türlü ortamda tutulan** bilgi ve verilerdir. Bu durumda, yöneticiler de dahil olmak üzere, teşebbüslerin ya da teşebbüs birliklerinin çalışanların çekmecelelerinden çantalarına, üzerlerinden bilgisayarlarına her türlü ortamda arama yapılabilecek ve kopya çıkarılabilecektir.

Bu genişlikteki bir arama, inceleme ve kopyalama yetkisi, ceza hukuku ihlallerinin aslının soruşturulduğu ve kovuşturulduğu ceza muhakemesi hukukunda dahi yoktur. Belirtildiği gibi ceza muhakemesi, bir suç (ceza hukuku anlamında) işlendiği kuşkusuyla başlar. Bu alanda dahi bu kadar geniş ve ölçsüz bir arama yetkisi verilmemek, Tasarı ile geniş ve ölçsüz bir arama ve kopyalama yetkisi verilmektedir.

Örneğin CMK'nun, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma yetkisi veren 134. maddesinde, ancak “başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde” ve hakim kararıyla bu tedbire başvurulabileceği kabul edilmiştir. Elbette ceza hukuku anlamında bir suçun işlendiği hususunda kuşku bulunması gerektiği de açıktır.

Tasarı ile, idari ihlal kuşkusunun esasının araştırılması sırasında, özünde idari ihlallere göre daha ağır kabul edilen suçların soruşturulması ya da kovuşturulması için verilen yetkilerden çok daha fazlası tanınmaya çalışılmaktadır.

c. Tasarı Madde 24

Tasarı'nın 24. maddesiyle, 4054 sayılı Kanun'un 45. maddesi, başlığı da dahil olmak üzere değiştirilmektedir. Madde'nin yeni kenar başlığı, “Savunma ve Dosyaya Giriş Hakkı”dır. “Dosyaya giriş hakkı” dil ve anlatım kuralları bakımından uygun ve doğru bir ifade değildir. Bu başlığın, “Savunma, Dosyayı İnceleme ve Dosyadaki Belgelerden Örnek Alma Hakkı” biçiminde ya da benzer bir ifadeyle kaleme alınması doğru olurdu. Zira soruşturma dosyalarına girmek Türkçe değildir. Dosya incelenir. Gerekli görülen örnekler alınır. Bu da savunma hakkının vazgeçilmez bir parçasıdır. Nitekim, CMK'nun 153. maddesinde “Müdafinin dosyayı inceleme yetkisi” deyimini kullanılmıştır. Bu deyimle koşutluk oluşturulması uygun olacaktır.

d. Tasarı Madde 25

Tasarı'nın 25. maddesiyle, Kanun'un 46. maddesi değiştirilmektedir. Önerilen metinde, sözlü savunma toplantıları bakımından adeta Anayasa'nın 141. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde güvence altına alınan açık duruşma hakkı, rekabet ihlali soruşturmalarındaki savunma toplantılarında da kabul edilmiş olmaktadır. Bu biçimde, adil yargılanma hakkının farklı bir unsuru da güvence altına alınmış bulunmaktadır. Bununla birlikte, önerilen 46. maddenin ikinci fıkrasında, toplantının tamamının ya da bir kısmının kapalı olarak yapılabileceğine karar verilmesi yetkisi tanınmış, ancak kapalılık kararının hangi gerekçelerle verilebileceği belirlenmemiştir. Halbuki ceza ve hukuk muhakemesinde açıklığın sınırlandırılabilmesi haller kanunla gösterilmiştir. Bu nedenle, açık duruşma bir hak olarak tanınıyorsa, idarenin kapalılık yönünde takdir yetkisini kullanırken, hangi gerekçelere dayanabileceği de kanunla gösterilmelidir.

e. Tasarı Madde 32

Tasarı'nın 32. maddesiyle, 4054 sayılı Kanun'un 60. maddesi değiştirilmektedir. Tasarı ile öngörülen 60. maddede, Rekabet Kurumu'nun para ve malları,

Kurul yönetici ve çalışanlarının hukuki statüsü ile Kurul Başkan ve üyeleri de dahil olmak üzere tüm çalışanlarının cezai ve hukuki sorumluluğuna ilişkin üç ayrı düzenleme yer almaktadır.

İlk olarak “*Kurumun para, evrak ve her çeşit malları Devlet malı hükmündedir*” cümlesine yer verilmiştir. Aynı cümle 4054 sayılı Kanun’un mevcut 60. maddesinde de yer almaktadır. Gerek mevcut hüküm gerek Tasarı ile öngörülen düzenleme sadece malumu ilam etmektedir. Bu tür düzenlemeler, esasen kamu iktisadi teşebbüsleri, Atatürk Orman Çiftliği ya da geçmişteki Sosyal Sigortalar Kurumu gibi teknik anlamda bir kamu görevinin yerine getirilmediği, tüzel kişilere ilişkin kanunlarda öngörülmektedir. Zira bunların teknik anlamda kamu kurumu olmamaları, para ve mallarının korunması bakımından bu tür düzenlemelerin yapılmasını gerektirmiştir. Bir bağımsız idari otorite olan Rekabet Kurumu’nun para, mal ve evrakının kamu malı olduğunda har halde bir kuşku yoktur. Bu düzenleme gereksiz olmanın ötesinde, tebensüme yol açmaktadır.

İkinci konu, Kurul başkan ve üyeleri, Kurum yönetici ve çalışanlarının hukuki statüsüne ilişkindir. Mevcut Kanun hükmünde ve Tasarı’nın öngördüğü 60. maddenin ikinci cümlesinde, “*Kurul Başkan ve üyeleri ile Kurum personeli, görevleri nedeniyle işledikleri ve kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi sayılırlar*” denmektedir. Aynı düzenleme mevcut maddede de bulunmaktadır. Düzenleyici işlemler yapma, idari ihlaller açısından arama tedbirine başvurma, idari yaptırım uygulama yetkisine sahip olan bir kurum kamu görevi yürütmüyor ise hangi kurum kamu görevi yürütmektedir? Öte yandan 4054 sayılı Kanun’un mevcut 34. maddesinde kurum personelinin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na tabi olduğu kabul edilmiştir. Bu düzenlemeler de, gereksiz olmanın ötesinde yine tebensüm ettiricidir.

Nihayet, Tasarı ile önerilen metnin son cümlesinde, “*Kurul Başkan ve üyeleri ile Kurum personelinin cezai ve hukuki sorumluluğuna ilişkin olarak 19710/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 104 üncü maddesi kıyasen uygulanır*” denmektedir.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun “Kurul üyeleri ile Kurum personelinin cezai ve hukuki sorumluluğu” kenar başlıklı 104. maddesinde, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu üyeleri ile Kurum çalışanlarının işledikleri iddia edilen görev suçları bakımından soruşturma izni alınması zorunluluğu, soruşturma izni verilmesinin koşulları ile, bu kişilere karşı görevlerine giren fiilleri dolayısıyla açılacak hukuk ve tazminat davaları bakımından husumetin Kurum’a yöneltmesi gereği kabul edilmiştir.

Her ne kadar Tasarı’da **kıyas** ifadesi kullanılmış olsa da, düzenleme ile, Rekabet Kurulu üyeleri, Kurum yönetici ve çalışanları açısından uygulanacak izin usulü, tazminat davasında husumet konuları bakımından uygulanacak

kaynak açıkça gösterilmiş olmaktadır. Bu durumda, konuya ilişkin bir hukuk kaynağı olduğuna göre kıyastan bahsedilemeyeceği açıktır.

Pek çok bağımsız idari otorite ve bunlara ilişkin özel kanunlar varken, bunlardan sadece biri olan 5411 sayılı Kanun'un seçilerek gönderme yapılması ilginçtir. 5411 sayılı Kanun'un 104. maddesine gönderme yapmak yerine, bu maddedeki düzenlemenin 4054 sayılı Kanun'a uyarlanarak eklenmesi zor olmasa gerektir.

2. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun İhlali Halinde Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Taslağındaki Sorunlar

Çalışmanın başında, ceza hukukuna egemen olan suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin, cezalara ilişkin orantılılık ya da ölçülülük koşulunun idari yaptırımlar bakımından da geçerli olduğu dile getirilmişti. Salt ceza hukuku ile sınırlı kalmayan bir cezalandırıcı hukukun oluşması dolayısıyla, ceza ve ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerinin, bu alanlar ile sınırlı kalmayarak, idari yaptırımlar alanında da sonuç doğurduğu konusunda bir kuşku bulunmamaktadır. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun İhlali Halinde Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Taslağı ile ilgili bu başlık altında, Taslak'ta öngörülen düzenlemeler kanunilik, kanunilik ilkesinin kurucu unsuru olan geçmişe uygulama yasağı, orantılılık başta olmak üzere, çeşitli temel ilkeler bakımından incelenmeye çalışılmıştır.

a. Madde 1: "Amaç ve kapsam"

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun İhlali Halinde Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Taslağı'nın daha "Amaç ve kapsam" başlıklı ilk maddesinden itibaren sorunlar başlamaktadır. İlk fıkrada bu yönetmeliğin amacının, 4054 sayılı Kanun'a göre verilecek "*idari para cezasının tespitine ilişkin usul ve esasları*" düzenlemek olduğu açıkça belirtilmektedir.

Kanunilik ilkesi gereği, idari para cezasının belirlenmesi ölçütlerinin dahi biçimsel anlamda kanun ile öngörülmesi zorunludur. Kanun ile öngörülen ölçütlerin sınırları içinde, idari para cezasını idare takdir edecektir. Nitekim 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesinde bu yönde bir düzenleme öngörülmüştür.

b. Madde 2: "Dayanak"

"Dayanak" kenar başlıklı 2. maddede, Yönetmelik Taslağı bakımından 4054 sayılı Kanun'un 16 ve 27. maddelerinin esas alındığı belirtilmektedir. 4054 sayılı Kanun'un mevcut 16. maddesinin son fıkrasında, Kurul'a cezanın belirlenmesine ilişkin yönetmelik çıkarma yetkisi verildiği görülmektedir.

Halbuki, idari nitelikte de olsa cezaların belirlenmesi usulü, suça etki eden nedenler, cezanın tayininde esas alınması gereken oranlar ancak kanun ile öngörülebilir ve idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılamaz. 4054 sayılı Kanun'un, ancak kanun ile öngörülebilecek cezai nitelikteki düzenlemelerin, yönetmelik ile belirlenmesi olanağı veren 16. maddesinin son fıkrası da Anayasa'nın 6, 7 ve 38. maddelerine aykırıdır. Anayasa'nın 6. maddesinin son fıkrasında, “Hiçbir kimse ve organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz” denmektedir. Bu, açık bir anayasal sınırdır, hatta anayasayla öngörülmüş bir yasaktır. Anayasa'nın 38. maddesinin üçüncü fıkrasında “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” hükmüne yer verilmiştir. Ceza ifadesinden, disiplin cezaları da dahil olmak üzere idari cezaların da anlaşılması gerektiği yönündeki Anayasa Mahkemesi kararına yukarıda değinilmişti. Sonuç olarak, idari cezaların tür ve miktarlarının biçimsel anlamda kanun ile belirlenmesi kadar, bunların hespalanmasına ilişkin usul ve ölçütlerin de kanun ile öngörülmesi anayasal bir zorunluluktur, kanunilik ilkesinin bir gereğidir. Nihayet, Anayasa'nın 7. maddesinde “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez” denmekte, yasama organının, yasama yetkisinin devri sonucunu doğuracak nitelikte kanun çıkarması engellenmektedir. Profesör Sahir Erman, Ticari Ceza Hukuku-Genel Kısım adlı eserinde, kanun yapma yetkisini devreden bir kanun çıkarılmasının 765 sayılı (mülga) TCK'nun, anayasayı ihlal suçunun öngörüldüğü 146. maddesinin (mevcut Kanun m. 309) ihlali olacağını savunmuştur^[5].

4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin son fıkrası, bu nedenlerle anayasaya aykırıdır. Zira ancak kanun ile yapılabilecek bir düzenlemenin, yönetmelik yapılması yönünde idareye yetki vermektedir.

Öte yandan Yönetmelik Taslağı'nın bütünü incelendiğinde, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde, idari cezaların belirlenmesi bakımından öngörülen esaslar dışında kalan, Kanun'un, nispi para cezalarının belirlenmesiyle ilgili 17. maddesinde de belirtilmeyen ağırlaştırıcı nedenlerin kabul edilmeye çalışıldığı görülmektedir. İdari cezalar bakımından da ağırlaştırıcı, hafifletici nedenlerin kanun ile öngörülmesi gerekir.

c. Madde 4

Taslağın 4. maddesinde, idari para cezasının belirlenmesine ilişkin “genel esaslar” öngörülmektedir. İlk fıkrada, Taslağın 6. maddesi uyarınca temel cezanın belirleneceği (öte yandan temel para cezasına esas alınacak tutarın belirlenmesi yöntemi de Taslağın 5. maddesinde gösterilmiştir) 7 ila 11. maddeler çerçevesinde temel para cezasında artırma ve indirim yapılacağı öngörülmüştür.

[5] Sahir Erman, Ticari Ceza Hukuku I Genel Kısım, 3. B., İstanbul, 1992, s. 39.

İkinci fıkrada ise, “*Kanunun 4 üncü veya 6 ncı maddelerinde yasaklanan; piyasa, nitelik veya **kronolojik süreç** bakımından bağımsız birden fazla davranışın saptanması halinde, idari para cezası her bir davranış için ayrı ayrı hesaplanır*” hükmüne yer verilmiştir. Düzenleme önerisi ile Kabahatler Kanunu’nda, kabahatler için engellenen zincirleme suç (kabahat) uygulamasının yolunun açıldığı söylenebilir.

İlk olarak, ilk fıkrada öngörülen ve idari para cezasının belirlenmesine ilişkin esasları Yönetmelik içinde tespit eden düzenlemenin, suç ve cezalarda kanunilik ilkesine, dolayısıyla da anayasa aykırı olduğu söylenmelidir. Yukarıda, farklı başlıklar altında bu konu ele alınmış ve, cezanın belirlenmesi usulünün de kanunla öngörülmesi gerektiği dile getirilmişti. Nitekim, ceza hukuku bakımından TCK’nun 61. maddesi ile cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi usulü belirlenmiştir.

İkinci fıkradaki düzenleme ise farklı açılardan ele alınabilir. Öncelikle kullanılan ifade sorundur. “*piyasa, nitelik veya **kronolojik süreç** bakımından bağımsız birden fazla davranışın saptanması halinde*” ifadesinden sezgisel olarak bir şeyler anlaşılmaktadır. Yani sanki, piyasa koşulları, davranışların niteliği ve aralarında önemli bir zaman aralığı bulunmaması (?) gibi ölçütler kullanıldığında, aynı ihlal kararı çerçevesinde sayılmayacak davranışların ayrı ayrı cezalandırılması öngörülüyor gibidir. Ancak aynı ölçütler kullanıldığında, birden çok davranış yerine tek bir ihlal kararı bulunduğu sonucuna varıldığında, tek bir ceza verilmesiyle yetinileceği sonucu çıkmaktadır. Yani bir anlamda, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 15. maddesinde kabahatler bakımından açıkça engellenen zincirleme suç (kabahat) uygulaması, yönetmelik ile kabul edilmeye çalışılmaktadır. Kabahatler Kanunu’nun içtimaya ilişkin 15. maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde “*Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idari para cezası verilir*” denmektedir. Kabahatler Kanunu hükümleri, Anayasaya hükümleri niteliğinde olmadığından sonraki bir kanun ile bu kanunun aksine düzenleme yapılması önünde bir engel yoktur. Ancak yönetmelik ya da başka bir düzenleyici işlemle bu hükümlere aykırı esaslar benimsenmesi mümkün değildir.

Öte yandan, eğer düzenleme ile bir çeşit zincirleme kabahat hükmü getirilmeye çalışılıyor ise, tek bir ceza verilerek bu cezanın da ağırlaştırılmasına ilişkin herhangi bir fıkra da kabul edilmiş değildir.

Bu nedenlerle, söz konusu fıkranın anlaşılır biçimde tekrar ve 4054 sayılı Kanun metni içinde düzenlenmesi gerekmektedir.

d. Madde 5

Taslağın 5. maddesinde, idari para cezasına esas olacak tutarın belirlenmesi yöntemi öngörülmüştür. Yönetmelik hükümleriyle, 4054 sayılı Kanun'a ek esaslar getirilemez.

Öte yandan yine bu maddede, dördüncü fıkrada kabahate iştirake ilişkin düzenleme öngörülmüştür. Öncelikle, kabahatlere iştirakin esaslarının Kabahatler Kanunu'nun 14. maddesiyle düzenlendiğini hatırlatalım. Böyle bir düzenleme varken ayrıca bu düzenlemeye atıf yapan bir yönetmelik hükmüne ihtiyaç olmadığı söylenmelidir. Zira Kabahatler Kanunu, aralarında rekabet hukuku ihlallerinin de bulunduğu tüm kabahatlerin genel kanunudur.

İştirake ilişkin bu fıkranın son cümlesinde ihlalin gerçekleştiği pazar dışında faaliyet gösteren, ancak fiile iştirak eden teşebbüse uygulanacak cezanın nasıl belirleneceği hükme bağlanmaktadır. Esas alınacak ciro belirtilmektedir. Yani iştirakin cezai sonucunun nasıl belirleneceği, yönetmelik ile gösterilmektedir ki, bunun da anayasaya aykırı olduğu açıktır.

e. Madde 6 : “Temel para cezasının belirlenmesi”

Taslağın 6. maddesinde, temel para cezasının belirlenmesi usulü düzenlenmiştir. Temel cezanın belirlenmesine ilişkin düzenlemelerin, biçimsel anlamda kanunla öngörülmesi zorunludur. Yukarıda değinildiği üzere, ceza hukuku bakımından temel cezanın belirlenmesi usul ve ölçütleri TCK'nun 61. maddesinde öngörülmüştür. İdari yaptırımlar, idari para cezaları bakımından da izlenmesi gereken yol budur.

Özellikle, ikinci fıkrada öngörülen ve idarenin takdir yetkisini ortadan kaldırarak cezanın üst hadde yakın verilmesini emreden hüküm dikkat çekicidir. Fıkrada, “*Rakipler arasında fiyat tespiti, müşteri veya pazar paylaşımı, ihalelerde danışıklı teklif verme, arz miktarının kısılması, her türlü alım ve satım koşullarının belirlenmesi gibi ağır ihlaller için birinci fıkrada belirtilen temel para cezası oranının üst hadde yakın tespit edilmesi esastır*” denmektedir.

Taslağın mevcut biçimiyle kabulü durumunda, fıkrada belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde temel para cezasının üst hadde yakın belirlenmesi zorunluluğu yönetmelik hükmü ile kabul edilmiş olacaktır. Bu düzenleme ile temel cezanın belirlenmesi bakımından idarenin takdir yetkisini kullanmasına yardım edecek herhangi bir ölçüt gösterilmemekte, temel para cezasının doğrudan üst hadde yakın belirlenmesi buyrulmaktadır. Öte yandan, belirlenecek miktarın ne zaman üst hadde yakın sayılacağı da belli değildir. Bu düzenlemenin de anayasaya aykırı olduğu açıktır.

f. Madde 7: “Ağırlaştırıcı unsurlar” Yani Ağırlaştırıcı Nedenler

Maddede her ne kadar “ağırlaştırıcı unsurlar” deyimi kullanılsa da, kastedilen ağırlaştırıcı nedenlerdir. Böylece, bir yönetmelik ile ağırlaştırıcı neden belirlenmesi söz konusu olmaktadır. Benzer düzenleme Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin mevcut Yönetmelik’te de bulunmakta, İdare, anayasaya aykırı bu yöntemi kullanmakta ısrar etmektedir.

İster suç ister kabahat olsun, suça etki eden nedenlerin yönetmelikle belirlenmesi mümkün değildir. Bu nedenlerin bazıları taslak ile öngörülmekte, 4054 sayılı Kanun’da yer almamaktadır.

İkinci fıkrada genel ve süreli tekerrür düzenlemesine yer verilmiştir. Yani tekerrür uygulaması için, aynı ihlalin gerçekleşmesi aranmamaktadır.

4054 sayılı Kanun’da tekerrür kurumu, cezanın tayini bakımından dikkate alınmış olmakla birlikte, Taslak’ta tekerrür bir ağırlaştırıcı neden biçiminde özel olarak düzenlenmiş, oran da yine Taslak’ın 7. maddesinin ikinci fıkrasında belirlenmiştir.

Aynı şekilde, tekerrür bakımından öngörülen süreye de Kanun’da değil Taslak’ta yer verilmiştir. Bilindiği üzere, süreli tekerrürün kabulü halinde, öngörülen süreden sonra gerçekleşen yeni ihlaller tekerrüre vücut vermeyecektir. İkinci fıkrada bu süre sekiz yıl olarak belirlenmiştir. Bu süre, suçlar bakımından TCK’nun 58. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen üç ve beş yıllık sürelerden uzundur. Rekabet mevzuatı ihlallerinin yapısı gereği daha uzun bir sürenin benimsenmiş olması ihtimali vardır. Ancak yine de, Ceza Kanunu’na göre daha uzun bir sürenin benimsenmesinin gerekçesi ortaya konmalı ve bu düzenleme de yine 4054 sayılı Kanun’a eklenmelidir.

Öte yandan, söz konusu sürenin başlangıcı bakımından da ciddi bir sorun bulunmaktadır. Fıkra’nın ilk cümlesinde, “*Kurul tarafından bir teşebbüsün rekabet ihlali yaptığının tespit edilmesinden sonra, gerekçeli kararın tebliğ edilmesinden itibaren sekiz yıl içerisinde aynı teşebbüs tarafından tekrar ihlali halinde her bir ihlal için temel para cezası bir katına kadar artırılır*” denmektedir. Buna göre, süre, idari ya da yargısal başvuruların (muhtemel bir iptal davasının) sonucu beklenmeden başlayacaktır.

Halbuki, Ceza Kanunu’nun 58. maddesinin ikinci fıkrasında tekerrüre vücut verecek sonraki suçun işlenmesi gereken süre, “cezanın infaz edildiği tarihten itibaren” başlatılmaktadır.

g. Madde 8: “Hafifletici unsurlar” Yani Hafifletici Nedenler

Suç ya da kabahatler bakımından hafifletici nedenlerin dahi kanun ile öngörülmesi gerekir. Nitekim suçlar bakımından, cezanın belirlenmesine ilişkin

61. maddenin son fıkrasında, “*Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir*” hükmüne yer verilmiştir.

b. Madde 9: “Caydırıcılık” ya da Takdiri Ağırlaştırıcı Neden (!)

“Caydırıcılık” kenar başlıklı 9. maddenin ilk fıkrası şöyledir:

“Cirosunun kayda değer bir kısmını ihlalle ilişkili mal ve hizmetlerin satışları dışındaki satışlardan elde eden teşebbüslere uygulanacak idari para cezası, caydırıcılığın sağlanması amacıyla Kurul tarafından artırılabilir.”

Öncelikle madde kenar başlığının talihli bir seçim olmadığını söylemek gerekmektedir. Cezalandırıcı hukukun temel işlevi genel ve özel önleme kavramları üzerine oturmaktadır. Müstakil biçimde “caydırıcılık” ifadesini bir başlık olarak benimsemenin, hem anlatım özellikleri hem de malumun ilamı olması bakımından gereksiz olduğu düşünülmektedir.

Fıkranın barındırdığı asıl sorunlar, takdiri ağırlaştırıcı neden uygulamasının yolunu açan ve orantılılık ilkesiyle çelişen düzenlemelerdir.

Fıkradan anlaşıldığına göre, rekabet mevzuatını ihlal eden teşebbüslerin cirolarının kayda değer bir kısmının, ihlal ile ilişkili olmaması yani ihlalden kaynaklanmaması durumunda, sırf caydırmak (yani bir daha gerçekleştirilmemesini güvence altına almak—cezanın özel önleme işlevi) amacıyla, ihlal ile sağlanan menfaatin niceliğini bir tarafa bırakarak İdarece cezanın artırılmasına karar verilebilecektir.

Öncelikle, kanun ile açıkça öngörülmemiş nedenlere dayanmaksızın cezanın artırılması, takdiren artırma anlamına gelir. Ceza hukukunda, kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak takdiri ağırlaştırıcı neden uygulaması (kanunla açıkça belirlenmemiş nedenlere dayanarak cezanın takdiren artırılması) kabul edilmemiştir. Takdiri indirim nedenlerine yer verilmekle birlikte, kanun ile öngörülmüş somut nedenlere dayanmaksızın cezanın artırılması yönünde bir takdir yetkisi ceza hakimine tanınmamıştır. Caydırıcılık, fiilin işleniş özelliklerine, failin kusuruna, vasıtalara ilişkin subjektif ya da objektif nitelikte özel bir neden değildir.

Taslağın bu haliyle, mevcut ve somut bir suça etki eden nedene dayanmaksızın, sırf “özel önleme” amacıyla, takdiren cezanın artırılması yetkisi verilmektedir. Böyle bir yetkinin kanuni düzenlemeyle dahi verilmesi hukuken mümkün değilken Taslak ile takdiri ağırlaştırıcı neden kabul edilmektedir.

İkinci olarak, 9. maddenin ilk fıkrasındaki düzenlemenin, orantılılık ilkesi açısından da sorunlu olduğu görülmektedir. İhlal ile ilgili olmayan ciro kısmının da esas alınması suretiyle cezanın belirlenmesi, ihlalin ağırlığı ile cezanın şiddeti arasındaki oranı ortadan kaldırmaktadır. Orantılılık ilkesinin kaynağı,

Anayasa'nın 13. maddesidir^[6]. İdari para cezası uygulaması bir hak sınırlamasıdır. Bu sınırlamanın da mutlaka **kanunla öngörülmesi, orantılı-ölçülü olması gerekir**.

Cezalandırmanın suçluya uyarlanması ve ıslah amacına yönelen bireyselleştirme çağdaş bir yaklaşımdır. **Kanunilik ile bireyselleştirme arasında denge sağlanırken aşılamayacak iki sınır, suçlunun cezasız kalmaması ve kanunda açıkça öngörülmedikçe cezanın şiddet ve süre bakımından ağırlaştırılmamasıdır^[7]**.

1. Geçici Madde 1: Geçmişe Uygulama Yasağının İhlali

Taslağın Geçici 1. maddesindeki düzenleme, geçmişe uygulama yasağının ihlaline yol açabilecek niteliktedir. Madde'de, "*Bu yönetmelik, yürürlüğe girmesinden önce başlatılan ancak soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan soruşturmalar hakkında da uygulanır*" hükmüne yer verilmiştir.

Bu çerçevede, yönetmeliğin cezaların belirlenmesi, ağırlaştırılması, sorumluluğun belirlenmesine ilişkin hükümlerinin, yürürlük tarihinden önce işlenmiş olan ve rekabet mevzuatı ihlali oluşturduğu iddia edilen fiillere uygulanmasının yolu açılmakta, üstelik bu da bir yönetmelik hükmüyle yapılmaktadır.

Geçici 1. maddeyle öngörülen, geçmişe uygulamadır.

Halbuki geçmişe uygulama yasağı, suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin kurucu unsuru olup, sadece suç ve ceza öngörülen hükümlerin değil, cezaların hesaplanmasına, sorumluluğun kapsamının belirlenmesine ilişkin cezalandırıcı nitelikteki kuralların da geçmişe uygulanmasına engel oluşturur.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun, "Zaman bakımından uygulama" kenar başlıklı 5. maddesinde, TCK'nun 7. maddesinde öngörülen ve ceza kanunlarının zaman yönünden uygulanmasına ilişkin olan kuralların kabahatler bakımından da uygulanacağı kabul edilmiştir^[8].

Bu çerçevede, fiil tarihindeki ceza kanununun uygulanması kuralı, fiili suç olmaktan çıkararak kanunun, lehe kanunun geçmişe uygulanması istisnası, ceza rejimini aleyhe etkileyen kuralın geçmişe uygulanması yasağının öngörülmediği TCK m. 7, kabahatler ve dolayısıyla kabahat oluşturan rekabet ihlallerine ilişkin kurallar bakımından da dikkate alınacaktır. Geçmişe uygulama yasağı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7, Anayasa'nın 38. maddesiyle de güvence altına alınan bir ilkedir.

[6] Haluk Toroslu, Ceza Müeyyidesi, Ankara, Savaş Yayınevi, 2010, s. 89, 90.

[7] Toroslu, s. 101, 102.

[8] Bkz. Katoğlu, s. 281 vd.. Aynı yönde Kangal, s. 61, 62; Yurtcan, s. 6, 7.

SONUÇ

Yukarıda açıklanmaya çalışılan nedenlerle, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısının ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun İhlali Halinde Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Taslağının, cezalandırıcı hukukun ortak kuralları haline gelmiş olan ceza hukuku ile ceza muhakemesi hukukunun temel ilkeleri dikkate alınarak gözden geçirilmesi gerekmektedir.

Bu çerçevede, kanunilik ilkesi, bu ilkenin kurucu unsuru olan geçmişe uygulama yasağı, cezaların, ceza muhakemesi tedbirlerinin orantılı olması dikkate alınmalıdır. Aynı şekilde, Kanun Tasarısı'nda öngörülen ve avukatın tanıklıktan çekinme hakkını ihlal eden düzenleme gözden geçirilmeli, ayrıca kamu görevlisi sıfatı ile kamu malı niteliğine ilişkin düzenlemeler de tekrar ele alınmalıdır.

